

De hand gelicht met de terhandstellingsplicht?

Prof. mr. W.H. van Boom

HR 11 februari 2011, LJN: BO7108, *RvdW* 2011, 252 (*First Data BV vs. KPN Hotspots Schiphol BV*)

Verweren tegen een beroep op algemene voorwaarden

Voor een contractspartij die wordt geconfronteerd met een beroep op algemene voorwaarden, zijn een aantal voor de hand liggende verweren beschikbaar. Allereerst is er het verweer dat de algemene voorwaarden geen onderdeel van de overeenkomst zijn gaan uitmaken omdat geen wilsovereenstemming in de zin van artikel 3:33, 35 en 6:217 BW over de toepasselijkheid van de voorwaarden is bereikt. Dit noemt men wel de totstandkomingstoets.¹

In de tweede plaats is er de mogelijkheid van vernietiging van de set algemene voorwaarden wegens het verzuim van de gebruiker van de voorwaarden om de wederpartij een redelijke mogelijkheid tot kennisneming te bieden (art. 6:233 onder b BW). Dit wordt wel de informatieplicht genoemd, hoewel ik de term 'terhandstellingstoets' eigenlijk passender acht.² Als we namelijk naar artikel 6:234 BW kijken, zien we dat de wetgever als hoofdregel heeft gesteld dat de gebruiker een redelijke mogelijkheid tot kennisneming heeft geboden als hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand heeft gesteld aan de wederpartij. Ik kom hierna nog terug op de precieze werking van dat artikel.

In de derde plaats is er de inhoudstoets: de vraag of een bepaalde voorwaarde onredelijk bezwarend ('one-reus') is (art. 6:233 onder a BW); hier kan overigens ook het parallelle spoor van artikel 6:248 lid 2 BW worden gevolgd.³ Sommigen onderscheiden van deze inhoudstoets nog een vierde toetsmoment, te weten de uitoefeningstoets, waarbij de vraag centraal staat of het beroep van een op zichzelf niet-one-reus beding in de concrete omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en

billijkheid onaanvaardbaar is (bijvoorbeeld vanwege rechtsverwerking).⁴ De grens tussen de derde en deze vierde toetsmogelijkheid is overigens niet altijd eenvoudig aan te geven.

De informatie- en terhandstellingsplicht van artikel 6:233 onder b BW

Het hierna te behandelen arrest *First Data BV vs. KPN Hotspots Schiphol BV* betreft de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW. Daarom laat ik alle andere verweren en toetsmogelijkheden die de wederpartij mogelijk ter beschikking staan, voor wat ze zijn en concentreer ik mij hierna op de informatieplicht.

Als door de gebruiker niet is voldaan aan de informatieplicht, dan kan de wederpartij de *gehele* set algemene voorwaarden vernietigen en dus op die manier uit het contract 'verwijderen'.⁵ De wederpartij kan dat bewerkstelligen door binnen drie jaar na het beroep op de algemene voorwaarden een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring uit te brengen (zonder vormvereiste), maar hij kan er ook voor kiezen om in een gerechtelijke procedure de vernietiging te vorderen of ter afwering in te roepen (zie art. 3:49-51 BW; art. 6:235 lid 4 BW). Het is in beginsel aan de gebruiker om te bewijzen dat hij aan zijn informatieplicht heeft voldaan: als de wederpartij gemotiveerd betwist dat hij een redelijke mogelijkheid tot kennisneming heeft gekregen, rust op de gebruiker de bewijslast dat wél is voldaan aan de informatieplicht.⁶

Als we iets preciezer kijken naar artikel 6:233 onder b BW en artikel 6:234 BW, waarin de informatieplicht is uitgewerkt, dan valt op dat het eerstgenoemde artikel

1 M.B. Voulon, *Automatisch contracteren* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, p. 220, spreekt van 'opnametoetsing'.

2 Over de term 'terhandstelling' bijv. Voulon, *a.w.*, p. 228.

3 Over de verhouding tussen de inhoudstoets van

art. 6:233 onder a BW en die van art. 6:248 lid 2 BW, zie HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (Bramer/Colpro).

4 Zie daarover bijv. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 27.
5 HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 140 (Breg/Asper).

Let wel: 'grote' wederpartijen als bedoeld in art. 6:235 BW kunnen geen beroep doen op de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW.

6 HR 11 juli 2008, LJN: BD1394, *NJ* 2008, 416 (Lommerse-Uitendaal vs. Atria Watermanagement).

spreekt van het bieden van een redelijke mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Die bewoordingen kan men nog interpreteren als een zuiver passieve plicht: door de voorwaarden op het hoofdkantoor ter inzage te leggen, geeft men immers ook een mogelijkheid, zo zou men kunnen redeneren. Of het een redelijke mogelijkheid is, hangt dan bijvoorbeeld af van de vraag hoe bezwaarlijk het is om het hoofdkantoor te bezoeken. Maar zo passief is de plicht niet bedoeld. Als we namelijk naar artikel 6:234 BW kijken, dan zien we dat de informatieplicht primair een terhandstellingsplicht is. Andere manieren van informeren (zoals verwijzing naar een depot, toezenden op verzoek) zijn in de regel alleen toegestaan indien terhandstelling ‘redelijkerwijs niet mogelijk is’. Dat wordt niet snel aangenomen. Er wordt hier vaak gerefereerd aan telefonisch of per automaat tot stand gekomen overeenkomsten.

Het primaat van de terhandstelling kan in de praktijk als knellend worden ervaren. In het handelsverkeer nemen ondernemers het namelijk niet zo nauw met de terhandstellingsplicht. Een verwijzing onderaan het briefpapier naar het depot bij de Kamer van Koophandel is toch ook goed genoeg, zo wordt wel geredeneerd. En dat geldt misschien nog wel sterker in het internettijdperk: als een wederpartij zo nodig de voorwaarden wil ‘spellen’, waarom surft hij dan niet even naar onze website waar de voorwaarden staan, of gebruikt hij niet even een internetzoekmachine?

Aan rechters wordt dus regelmatig de vraag voorgelegd of in een concreet geval de hand mocht worden gelicht met de terhandstellingsplicht. Het antwoord op die vraag kan cruciaal zijn voor de gebruiker: als de voorwaarden na vernietiging geen onderdeel meer uitmaken van het contract, kan hij er geen beroep op doen. Vernietiging van de gehele set algemene voorwaarden is als een guillotine: als die eenmaal is gevallen, kan het hoofd er niet meer aangezet worden. Een risicomijdende ondernemer die van artikel 6:234 BW op de hoogte is, kiest dus voor ‘beter te veel dan te weinig’ informatie en plakt dus op al zijn offertes de tekst van zijn algemene voorwaarden om te voorkomen dat hij in aanraking komt met de guillotine van vernietiging. Aldus beschouwd zullen ondernemers de terhandstellingsplicht allicht als nodeloos en prijzig formalisme verfoeien: als ‘iedereen’ weet dat installateurs die bij UNETO-VNI zijn aangesloten, de Alib-voorwaarden hanteren, waarom zouden die dan steeds weer moeten worden meegestuurd bij contracten tussen ondernemers onderling?⁷

Wanneer we dit op een rij zetten, zou men bijvoorbeeld de volgende argumenten tegen strikte terhandstelling kunnen onderscheiden:

- bij herhaalde transacties is één keer terhandstellen voldoende;
- een wederpartij die de voorwaarden uit anderen hoofde kent of kan kennen, moet geen beroep kunnen doen op verzaking van de terhandstellingsplicht;
- voorwaarden die vrijelijk op het internet te vinden zijn, hoeven niet ter hand te worden gesteld, zodat bijvoorbeeld verwijzing voldoende is.

Dat zijn praktische en gebruikersvriendelijke oplossingen, maar ze verhouden zich erg slecht tot de wettekst van artikel 6:234 BW, zeker zoals die tussen 1992 en 2004 luidde. Die oorspronkelijke tekst stamde van vóór voor het internettijdperk; zij was al ontworpen toen de faxmachine de telex nog moest vervangen. In 2004, en later in 2009 en 2010 is de tekst van het artikel enigszins aangepast aan het internettijdperk. Daarover later wat meer. Voor de chronologie is het echter verstandiger om eerst twee eerdere arresten van de Hoge Raad in herinnering te roepen, om daarna de wetswijzigingen te bekijken en dan het arrest *First Data* te behandelen.

De eerdere uitspraken van de Hoge Raad

In een tweetal eerdere arresten heeft de Hoge Raad zich over de reikwijdte van de terhandstellingsplicht uitgelaten.⁸ In die arresten heeft hij getracht om de juiste balans te vinden tussen de guillotinewerking van de wettekst en de handelspraktijk, waarin terhandstelling lang niet altijd plaatsvindt en soms ook gewoon niet zinnig is.

In het eerste arrest, *Geurtzen vs. Kampstaal* (1999), haalde de Hoge Raad zagezegd de scherpe kantjes van de guillotine af.⁹ In die zaak verwees de gebruiker van algemene voorwaarden in de schriftelijke offerte naar de voorwaarden, dat deze ter griffie van de rechtbank gedeponereerd waren en dat ze op verzoek konden worden toegestuurd. De wederpartij had al vaker zaken gedaan met de gebruiker, en daarbij was ook al verwezen naar die voorwaarden. Bovendien waren die voorwaarden op grote schaal bekend en kon de professionele wederpartij – die in dezelfde branche werkzaam was – bekend worden geacht met de voorwaarden. Daarom oordeelde het Hof dat in het gegeven geval voldoende mogelijkheid tot kennisneming van de set voorwaarden was geboden. De Hoge Raad ging hierin deels mee. Hij overwoog dat de wijzen waarop de gebruiker een redelijke mogelijkheid tot kennisneming kan bieden, limitatief in artikel 6:234 BW zijn opgesomd. Maar tegelijk bood de Hoge Raad een opening om in bepaalde gevallen de hand te lichten met de terhandstelling:

‘Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1 brengt evenwel mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een

7 Zie bijv. de ALIB 2007 op www.uneto-uni.nl. Over deze discussie verder Hartlief in zijn annotatie onder *VNP vs. Havrij*, AA 2002, p. 270 e.v. (AA20020270), en (ook met verdere verwijzingen) Voulon, *a.w.*, p. 230 e.v.

8 Daarover bijv. T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007, p. 49 e.v.; J.G.J. Rinkes en M.L. Hendrikse, ‘Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht’, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene*

voorwaarden, Deventer: Kluwer 2010, p. 171.
9 HR 1 oktober 1999, LJN: ZC2977, NJ 2000, 207 (*Geurtzen vs. Kampstaal*).

beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneratie-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁹

Het tweede arrest, *VNP vs. Havrij* (2001), betrof een verwijzing op de offerte naar algemene voorwaarden met de toevoeging dat deze op verzoek konden worden toegestuurd, zonder dat de gebruiker de voorwaarden zelf spontaan ter hand had gesteld.¹⁰ In die zaak oordeelde het Hof kortgezegd dat dit in de betreffende branche een niet ongebruikelijke wijze van communiceren was, dat van de professionele wederpartij wel verwacht kon worden dat deze zelf de voorwaarden zou opvragen en dat de gebruiker kortom een redelijke mogelijkheid tot kennisneming had geboden. De Hoge Raad casseerde deze uitspraak omdat het Hof populair gezegd te vriendelijk was geweest voor de gebruiker. De Hoge Raad stelde voorop dat de wet aan de gebruiker slechts beperkte mogelijkheden geeft om een beroep op vernietiging te ontlopen en dat het Hof zich de vraag had moeten stellen of de door de gebruiker aangevoerde omstandigheden tot de conclusie konden leiden dat het terhandstellen van de voorwaarden in concreto *redelijkerwijs niet mogelijk was*. Dat de wederpartij zich op dezelfde wijze gedroeg door op haar briefpapier op een vergelijkbare wijze te verwijzen naar haar algemene voorwaarden deed daar niet aan af, aldus de Hoge Raad. Het 'pot-verwijt-de-ketel verweer' van artikel 6:235 lid 3 BW was namelijk niet rechtstreeks van toepassing (omdat het niet dezelfde algemene voorwaarden betrof) en een ruime uitleg van die bepaling niet zou stroken met de strekking van de terhandstellingsplicht, 'die juist erop is gericht zo veel mogelijk te bewerkstelligen dat algemene voorwaarden vóór of bij de contractsluiting aan de wederpartij ter kennis worden gebracht.' In *VNP vs. Havrij* licht de Hoge Raad dus *niet* de hand met de terhandstellingsplicht.

De wetwijzigingen van 2004, 2009 en 2010

Hoewel de feiten van het dadelijk te bespreken arrest *First Data BV vs. KPN Hotspots Schiphol BV* dateren uit 2001, is het hier nog wel relevant om te vermelden dat de terhandstellingsplicht van artikel 6:234 BW door wetwijzigingen uit 2004, 2009 en 2010 gewijzigd is. Op 30 juni 2004 werd een regeling voor elektronische terhandstelling toegevoegd voor gevallen waarin de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt.¹¹ Op 28 december 2009 werd vervolgens ter gelegenheid van de implementatie van de EU Dienstenrichtlijn nog een zinsnede in artikel 6:234 BW toegevoegd die bepaalde dat de gebruiker ook aan de wederpartij de in artikel 6:233 onder b BW bedoelde mogelijkheid geboden heeft indien er sprake is van voorwaarden of bepalingen als bedoeld in artikel 6:230b onder 6 BW en de voorwaarden op een van de in artikel 6:230c BW bedoelde wijzen zijn verstrekt.¹² Dat is een moeilijke verwijzing, maar ze komt erop neer dat voor de 'dienstverrichter' sinds 28 december 2009 een iets minder streng terhandstellingsregime geldt: naast fysieke terhandstelling kan door een dienstverrichter ook gebruik worden gemaakt van het elektronisch toegankelijk maken van voorwaarden op een door de dienstverrichter meegedeeld adres (zie art. 6:230c BW). Dit regime voor dienstverrichters is afkomstig uit de EU Dienstenrichtlijn en betreft een grote groep van ondernemers die algemene voorwaarden gebruiken.¹³

Ten slotte is er de wetwijziging van 2010.¹⁴ Die heeft overigens per ongeluk de verwijzing in artikel 6:234 BW naar het iets minder strenge regime voor dienstverrichters geschrapt,¹⁵ maar aangenomen kan worden dat het regime voor dienstverrichters nog steeds rechtstreeks geldt uit artikel 6:230a BW.¹⁶ De wetwijziging van 2010 was algemeen bedoeld om 'ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer'. Met name de vormvereisten terzake van onderhandse akten (art. 156a Rv), toestemming als bedoeld in artikel 1:88 BW, de verzekeringspolis, opzegging van verzekeringen werden 'geëlektrificeerd'.¹⁷ Wat deze wetwijziging jammer genoeg niet deed, was een moderne definitie geven van het begrip 'schriftelijk', zodat we nog steeds niet weten of een ingebrekestelling of ontbindingsverklaring per email mogelijk zijn.¹⁸ Hoe dat ook zij, de wetwijziging van 2010

10 HR 6 april 2001, LJN: AB1252, *NJ* 2002, 385 (*VNP/Havrij*).

11 Wet van 13 mei 2004 ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG, *PbEG* L 178 (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel), *Stb.* 2004, 210 (i.w.tr. KB *Stb.* 2004, 285).

12 Wet van 23 december 2009 ter implementatie van richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* L 376/6 (Aanpassingswet dienstenrichtlijn), *Stb.* 2009, 616 (i.w.tr. KB *Stb.* 2009, 617).

13 'Dienstverrichter' is niet gedefinieerd in het BW, maar art. 6:230b BW verwijst naar de Dienstenrichtlijn (2006/123/EG, *PbEU* L 376). Art. 1 Dienstenwet definieert dienst als 'economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, als bedoeld in artikel 50 van het Verdrag' (= art. 50 EG-verdrag = art. 57 VWEU). Daar valt van alles onder, van opdracht tot huur en van advies tot pretpark-

attractie. Zie M.H. Wissink, 'Over volledige harmonisatie en herinrichting van het BW: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn consumentenrechten', in: M.W. Heselink en M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten – Een Nederlands perspectief*, Den Haag: BJU 2009, p. 35; C. Raat, 'De Dienstenwet: naar een digitaal ontsloten Europa', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2010, p. 63.

14 Wet van 20 februari 2010 tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer, *Stb.* 2010, 222.

15 Zie *Kamerstukken I* 2010/11, 31 258, nr. G, p. 3. Vgl. M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden bij con-

sumentenovereenkomsten', in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 88, A-G Wissink in zijn conclusie (nr. 2.9.2) voor *First Data BV vs. KPN Hotspots Schiphol BV* en ook de Hoge Raad (r.ov. 3.4.2).

16 Dat lijkt mij een kwestie van richtlijnconforme interpretatie van art. 6:230c BW en art. 6:233 onder b BW (aldus ook J.H.M. Spanjaard, 'Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneratie: contractanten, wees duidelijk en volledig!', *Contracteren* 2011, p. 66).

17 Zie bijv. H.N. Schelhaas, *NTBR* 2010, nr. 28.

18 Vgl. E.C. Kraan-Beekman, 'Leerstukken – Elektronisch contracteren, maar toch de pen (moeten) hanteren?', *Contracteren* 2009, p. 80-81; T.H.M. van Wechem, 'Wetsvoorstel 31 358: een hamerstuk met losse eindjes', *Contracteren* 2010, p. 3-4.

heeft ook artikel 6:234 BW gewijzigd, en wel in die zin dat ook bij niet-elektronische transacties de terhandstelling op elektronische wijze kan plaatsvinden (lid 2) indien de wederpartij daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd (lid 3). De wetgever lichtte deze wijziging als volgt toe:

‘Dit wetsvoorstel biedt de mogelijkheid om algemene voorwaarden ook langs elektronische weg ter beschikking te stellen als de overeenkomst zelf niet langs elektronische weg tot stand komt. Bij de eis van ter beschikking stellen kan gedacht worden aan het opnemen van de integrale tekst van de algemene voorwaarden in de bijlage van een e-mail of aan het opnemen van een internetlink in een e-mail door middel waarvan de wederpartij in één klik de tekst van de op haar toepasselijke algemene voorwaarden kan raadplegen. Het enkel vermelden van het adres van een website is onvoldoende omdat de wederpartij vervolgens op die website nog moet gaan zoeken naar de op haar toepasselijke algemene voorwaarden.’¹⁹

En dan is het nu tijd voor het laatste stukje van de chronologie: het arrest uit 2011 over een contract gesloten in 2001. Daarop is dus de wettekst van artikel 6:234 BW van toepassing zoals die oorspronkelijk luidde, maar dat neemt niet weg dat de ontwikkelingen die ik zo-even schetste, wel in de uitspraak van de Hoge Raad meegewogen worden.

Het arrest *First Data BV vs. KPN Hotspots Schiphol BV*²⁰

Dit zijn kort gezegd de feiten. In 2001 wil Attingo BV (later is haar naam gewijzigd in KPN Hotspots Schiphol BV) verkooppunten voor internettoegang op Schiphol opzetten ten behoeve van reizigers die tegen betaling even willen surfen of e-mailen. Om die verkooppunten op te zetten, heeft Attingo hardware en software nodig voor het betalingssysteem. Daartoe wordt een contract gesloten met First Data BV, een bedrijf dat zich specialiseert in kassasystemen. Bij de uitvoering van het contract komt het kennelijk tot onenigheid, want Attingo laat een aantal facturen onbetaald. First Data dagvaardt Attingo en vordert betaling van de facturen. Bovendien maakt First Data aanspraak op vergoeding van de door haar gemaakte (buiten)gerechtelijke kosten. Dat doet zij op grond van de zogenaamde Fenit-voorwaarden, dat zijn algemene voorwaarden die door ICT-brancheorganisatie Fenit ten behoeve van haar leden zijn opgesteld en die (toentertijd) door die leden worden gebruikt in hun contracten met klanten.²¹

Attingo verweert zich in appel onder andere met vernietiging wegens het niet ter hand stellen van de voorwaarden. First Data verklaart dat zij de voorwaarden wél

ter hand heeft gesteld en wijst er bovendien op dat die voorwaarden gewoon via een zoekopdracht op het internet te vinden zijn.²² Het Hof oordeelt daarover streng:

‘Dit is echter onvoldoende om aan de norm van artikel 6:233 onder b BW te voldoen. Indien het redelijkerwijs mogelijk is de voorwaarden ter hand te stellen dan dient dit ook te gebeuren. Niet gesteld is door First Data dat dit niet redelijkerwijs mogelijk was. Integendeel, bij gelegenheid van pleidooi heeft (de raadsman van) First Data gesteld dat de voorwaarden ter hand zijn gesteld. Dit is echter door Attingo betwist en First Data heeft met betrekking tot dit punt haar stelling niet verder onderbouwd of hiervan voldoende gespecificeerd bewijs aangeboden. Het hof gaat er daarom vanuit dat de Fenit-voorwaarden niet aan Attingo ter hand zijn gesteld en dat Attingo ook overigens niet een redelijke mogelijkheid is geboden van de voorwaarden kennis te nemen.’

In cassatie klaagt First Data dat het Hof heeft miskend dat op grond van het arrest *Geurtzen vs. Kampstaal* hier een wat minder strenge benadering gepast is, nu de mogelijkheid om via een zoekopdracht op het internet kennis te nemen van de voorwaarden voldoende is om aan de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW te voldoen. Daarover oordeelt de Hoge Raad als volgt:

‘3.4.2 Bij de beoordeling van het onderdeel dient tot uitgangspunt dat het hof niet heeft vastgesteld – het onderdeel gaat hiervan ook niet uit – dat sprake is van een tussen partijen langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomst en evenmin dat Attingo uitdrukkelijk heeft ingestemd met kennisneming van de algemene voorwaarden langs elektronische weg. Aan de voorwaarden waaronder een redelijke mogelijkheid tot kennisneming als bedoeld in art. 6:233, onder b, BW langs elektronische weg kan worden geboden, is derhalve noch onder de vigeur van het hier toepasselijke art. 6:234 lid 1 (oud) BW noch onder het met ingang van 1 juli 2010 geldende art. 6:234 lid 3 BW voldaan (opmerking verdient dat de verwijzing naar art. 6:230c kennelijk abusievelijk in art. 6:234 is weggefallen), zodat het onderdeel niet tot cassatie kan leiden. Ten overvloede wordt overwogen dat, anders dan het onderdeel kennelijk voorstaat, een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van de in art. 6:233, onder b, in verbinding met art. 6:234 vervatte regeling niet meebrengt dat, indien de mogelijkheid tot kennisneming langs elektronische weg mag worden geboden, de gebruiker reeds aan zijn uit art. 6:233, onder b, voortvloeiende informatieplicht heeft voldaan indien de desbetreffende voorwaarden (door een zoekopdracht) op internet kunnen worden gevonden. Uit het systeem van art. 6:234 (oud) volgt immers – gelijk onder het huidige art. 6:234 het geval is – dat de gebruiker het initiatief tot bekendmaking van de algemene voorwaarden moet nemen, en wel – zo volgt uit de hier eveneens van betekenis te achten toelichting op art. 6:234 leden 2 en 3 (nieuw) (vgl. Kamerstukken II 2007-2008, 31 358, nr. 3, p. 9-10) – op zodanige wijze dat voor de wederpartij duidelijk is welke voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn en dat de wederpartij daarvan eenvoudig kennis kan nemen. Het oordeel van het hof dat aan de in art. 6:233, onder b, vervatte norm niet reeds is voldaan indien de wederpartij de mogelijkheid heeft zelf door gebruikmaking van internet de toepasselijke voorwaarden te raadplegen, is mitsdien juist.’

¹⁹ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 358, nr. 3, p. 9-10.
²⁰ HR 11 februari 2011, LJN: BO7108, *RvdW* 2011, 252 (*First Data BV vs. KPN Hotspots Schiphol BV*). Zie voor bespreking van het arrest bijv. R.E. van Esch, *Computerrecht* 2011/70, J.H.M. Spanjaard, ‘Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneratie: contractanten, wees duidelijk en volledig!’, *Contracteren* 2011, p. 64-68; M.B. Voulon, ‘*First Data/Attingo: gebruiker algemene voorwaarden voldoet niet aan informatieplicht*

indien de wederpartij met een internetzoekopdracht kennis kan nemen van de voorwaarden’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2011, p. 138-143.
²¹ Tegenwoordig heet de branchevereniging ‘ICT-Office’, de branchevereniging van IT-, Telecom-, Internet- en Officebedrijven. De FENIT voorwaarden heten sinds 2009 de ‘ICT-Office Voorwaarden’.

²² Ik weet niet of dat in 2001 zo eenvoudig was, maar vandaag de dag is dat al lastiger. Omdat

de FENIT-voorwaarden zoals die destijds golden, vervangen zijn door de ‘ICT-Office Voorwaarden’ (zie vorige noot), komen ze niet meer snel naar voren in de Google trefferslijst. Dat lijkt me overigens een goede reden om bij elektronische terhandstelling van algemene voorwaarden van de gebruiker te vergen dat hij deze in duurzame bewaarvorm aanbiedt en niet slechts als HTML op een URL. Morgen kan die tekst al weer weg zijn.

Kort gezegd: zelfs als de regels omtrent elektronisch terhandstellen van toepassing zouden zijn geweest (quod non), dan nog had de gebruiker niet hebben kunnen volstaan met de stelling dat de wederpartij de voorwaarden maar had moeten googelen. Ook dan moet de gebruiker het initiatief nemen dat de wederpartij tot kennisneming van de voorwaarden in staat stelt, en wel op zodanige wijze dat voor de wederpartij duidelijk is welke voorwaarden van toepassing zijn en hij er eenvoudig kennis van kan nemen. De Hoge Raad besluit met de constatering dat, nu de voorwaarden niet ‘rechtsgeldig’ langs elektronische weg beschikbaar zijn gesteld, het oordeel van het Hof, inhoudende dat als het redelijkerwijs mogelijk is om voorwaarden ter hand te stellen dit ook daadwerkelijk moet gebeuren, ‘niet van een onjuiste rechtsopvatting’ getuigt.

Voordat ik stilsta bij de implicaties van dit arrest voor ‘elektronisch terhandstellen’, eerst nog dit. Wat in deze zaak wellicht vermald is geraakt in de molens van bewijslastverdeling, is dat First Data misschien de algemene voorwaarden daadwerkelijk ter hand heeft gesteld aan Attingo, maar dit simpelweg niet kan bewijzen. Dat is een belangrijk praktisch punt: het is aan de gebruiker om te bewijzen dat terhandstelling heeft plaatsgevonden. Kan hij dat niet, dan ligt vernietiging wegens verzuim om ter hand te stellen in het verschieft.²³ Internetwinkels die de klant pas bij de virtuele kassa toelaten als ze hebben aangevinkt dat ze kennis hebben genomen van (de hyperlink naar) de algemene voorwaarden, streven zo beschouwd een bewijsrechtelijk doel na.

De terhandstellingsplicht in het internettijdperk

Als ik de Hoge Raad goed lees, moet ik niet van elektronische terhandstelling spreken maar van terbeschikkingstelling. En als ik de verwijzing van de Hoge Raad naar de hierboven geciteerde toelichting van de wetgever goed begrijp, dan moet ik mij een elektronische terbeschikkingstelling van algemene voorwaarden toch iets ruimer voorstellen dan een papieren terhandstelling. Bij die laatste variant krijgt een wederpartij daadwerkelijk een papieren geschrift met ‘content’ in zijn macht. Van elektronische terbeschikkingstelling kan kennelijk ook sprake zijn als in een e-mail een specifieke hyperlink (‘deeplink’) wordt opgenomen die rechtstreeks toegang geeft tot de voorwaarden.²⁴ Nu kan men zeggen dat in de virtuele wereld er nauwelijks een verschil is tussen iets werkelijk ‘ter hand gesteld krijgen’ in de vorm van een

document dat men kan opslaan op de eigen harde schijf en een clickable link, maar ik vermoed dat hier nog wel enige conflicten over kunnen ontstaan.²⁵ Kan de gebruiker die de bewijslast draagt dat hij de voorwaarden ter beschikking heeft gesteld, volstaan met verwijzing naar de e-mail waarin de hyperlink genoemd staat? Dat zou de wederpartij op achterstand kunnen zetten, want de tekst die achter die hyperlink staat, kan ná verzending van de e-mail eenvoudig gewijzigd zijn. Ik vraag me dus af of dat een voldoende eenduidige terbeschikkingstelling oplevert. En hoe eenvoudig moet de tekst op de verwijzingspagina op te slaan zijn?²⁶ Dit zijn allemaal onopgeloste vraagstukken. Een voorzichtige gebruiker die gedoe hierover wil voorkomen, voegt bij het elektronisch contracteren ofwel een gedateerde en beveiligde pdf van de voorwaarden bij ofwel voegt een clickable deeplink toe waar een dergelijke pdf te downloaden valt. Onnodig formeel of gewoon voorzichtig?

Ik sluit af. Laten we de eerder aangehaalde verweren tegen strikte toepassing van de terhandstellingsplicht nog even langslopen en langs de lat van het thans geldende artikel 6:234 BW leggen. Dan volgen de volgende vuistregels:

- bij overeenkomsten die langs elektronische weg tot stand komen, is toegestaan om langs elektronische weg een redelijke mogelijkheid tot kennisneming als bedoeld in artikel 6:233 onder b BW te bieden
- bij andere overeenkomsten is het langs elektronische weg bieden van een redelijke mogelijkheid tot kennisneming als bedoeld in artikel 6:233 onder b BW *alleen* toegestaan indien de wederpartij *uitdrukkelijk instemt* daarmee
- het langs elektronische weg bieden van een redelijke mogelijkheid tot kennisneming bestaat uit:
 - 1 primair: de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking stellen op een zodanige wijze dat
 - * het de wederpartij duidelijk is *welke* voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn,
 - * de wederpartij daar *eenvoudig* kennis van kan nemen (dus: rechtstreekse deeplink in plaats van algemene verwijzing naar homepage),
 - * deze door haar kunnen worden *opgeslagen* en voor haar *toegankelijk* zijn ten behoeve van latere kennisneming (ik zou zeggen: liever een beveiligd en gedateerd pdf-format dan een HTML-pagina)
 - 2 subsidiair: indien de elektronische terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet mogelijk is: de bekendmaking aan de wederpartij vóór de totstandkoming

23 Zie over de manieren waarop gebruikers zich (gedeeltelijk) kunnen indekken tegen dit bewijsrisico bijv. J.G.J. Rinkes en M.L. Hendrikse, ‘Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht’, in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 174-176; M.B.M. Loos, ‘Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten’, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 82.

24 Vgl. ook in die richting *Kamerstukken I* 2003/04, 28 197, C, p. 18.

25 Zo ook D.J. Beenders, ‘Informatieplicht bij algemene voorwaarden; verdeeldheid in de praktijk’, *WPNR* 2008, p. 903-905. Vgl. de weergave van de verschillende meningen Voulon, *a.w.*, p. 221 e.v.

26 Vanuit html knippen en plakken naar een eigen bestand, is niet een vorm van eenvoudig opslaan. Aldus reeds o.a. H.P.A.J. Martius, *Elektronisch handelsrecht – De juridische aspecten van elek-*

tronische communicatie in het handelsrecht (diss. OU), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008, p. 128-129; M.B.M. Loos, ‘Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten’, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 87; J.G.J. Rinkes, ‘Informatieplicht inzake algemene voorwaarden’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2010, p. 148.

van de overeenkomst *waar* van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, én de bekendmaking dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.

- indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking zijn gesteld (omdat dat redelijkerwijs niet mogelijk was), zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten langs elektronische weg of op andere wijze aan haar toezendt
- een wederpartij die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was met een bepaald beding of geacht kon worden daarmee bekend te zijn, kan zich niet op vernietigbaarheid van dat beding beroepen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan herhaalde transacties; bij herhaalde transacties is de eerste keer ter beschikking stellen voldoende (*Geurtzen / Kampstaal*).
- een enkele verwijzing naar voorwaarden met de mededeling dat deze op verzoek toegestuurd kunnen worden, is onvoldoende indien elektronische terbeschikkingstelling redelijkerwijs mogelijk is (*VNP / Havrij*).

Heel overzichtelijk is dit – voorzichtig uitgedrukt – natuurlijk niet. Als hoofdregel rust op de gebruiker van algemene voorwaarden de plicht om er actief op toe te zien dat de algemene voorwaarden in handen komen van de wederpartij, maar hoe ver de elektronische terbeschikkingstelling moet gaan, is niet echt duidelijk. En bovendien is, behalve in geval van elektronisch totstandgekomen overeenkomsten, de elektronische terbeschikkingstelling alleen met ‘uitdrukkelijke instemming’ van

de wederpartij toegestaan. Over dat laatste begrip zal nog flink wat geprocedeerd worden, vermoed ik.

Wat het nóg onoverzichtelijker maakt, is dat de implementatie van de EU Dienstenrichtlijn de informatieplicht en het terhandstellingsregime aanzienlijk heeft uitgebreid voor ‘dienstverrichters’. Eigenlijk moet nu op twee plaatsen in het BW (art. 6:230c BW én artikel 6:234 BW) worden gekeken naar het toepasselijke terhandstellingsregime.²⁷

Het is een onoverzichtelijke warboel van formalistische valkuilen, terwijl het er alleen maar om gaat dat de wederpartij ervan doordrongen raakt dat de gebruiker zijn algemene voorwaarden wenst te gebruiken en dat hij zonder moeite in staat moet kunnen zijn om de algemene voorwaarden te bestuderen (als hij dat wenst). Dat kan simpeler. Het lijkt mij tijd om structureel de hand te lichten met de terhandstellingsplicht en om in plaats daarvan aan te knopen bij het regime van artikel 6:230c BW. Dat kan bijvoorbeeld door toe te werken naar een gewaarmerkt ‘virtueel depot’ van algemene voorwaarden in een openlijk toegankelijk internetregister zodat de gebruiker bij online én offline transacties de toepasselijkheid van algemene voorwaarden kan bedingen onder uitdrukkelijke (en leesbare en traceerbare!) verwijzing naar het e-depot. De wederpartij moet desgewenst de voorwaarden uit dat e-depot kosteloos en zonder drempels met een muisklik kunnen raadplegen.²⁸ Dan kunnen risicomijdende gebruikers ophouden met papier verplaatsen, hoeven minder oplettende gebruikers niet langer de praktisch onuitvoerbare bewijslast te dragen dat de voorwaarden daadwerkelijk ter hand zijn gesteld, en kan de wederpartij die de voorwaarden echt wil lezen dat ook eenvoudig doen. ■

²⁷ Ik betwijfel sterk of inderdaad sprake is van ‘een samenloop die zich in de praktijk zal oplossen’, zoals de Minister van Economische Zaken destijds (*Kamerstukken I 2008/09, 31 579, nr. C, p. 19*) beweerde. Over art. 6:230c BW en de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn bijv. J.H.M. Spanjaard,

‘Algemene voorwaarden, klachtplicht en exoneration: contractanten, wees duidelijk en volledig!’, *Contracteren* 2011, p. 65.

²⁸ Dat is dus anders dan volgens het huidige KvK-model, waarbij de *wederpartij* kosten moet maken om via www.kvk.nl inzage te krijgen. De kosten

van een e-depot moeten liggen bij de gebruikers, die nut ontlenden aan het gebruik van algemene voorwaarden (contractuele voordelen) én aan het e-depot zelf (papierbesparing).